

# LÍMITES DEL NORMATIVISMO EN DERECHO PENAL\*

**Santiago Mir Puig**

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona*

MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-18, p. 18:1-18:24. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-18 (2005), 23 dic]

**RESUMEN:** El autor del presente artículo se plantea como objeto demostrar su tesis de que el planteamiento normativista radical, del que Jakobs es uno de los más destacados defensores, no es científicamente necesario y priva de límites al poder punitivo del Estado. A partir de una exposición resumida de las fases de la evolución histórica de la dogmática penal que condujeron al ontologismo de

Welzel y a la reacción normativista posterior, el autor argumenta su punto de vista sobre los límites que el normativismo ha de tener en un Derecho penal que debe estar al servicio de intereses reales de las personas, y no sólo perseguir objetivos simbólicos.

**PALABRAS CLAVES:** Función del Derecho penal, teoría del delito, normativismo, naturalismo, ontologismo, neokantismo, finalismo, .

Fecha de recepción: 25 noviembre 2005

Fecha de publicación: 23 diciembre 2005

**SUMARIO:** 1. Planteamiento: normativismo moderado (Roxin) y normativismo radical (Jakobs). 2. Naturalismo, relativismo valorativo y ontologismo. 3. El positivismo naturalista de von Liszt. 4. La referencia a valores del neokantismo. 5. El ontologismo del finalismo de Welzel. 6. Del ontologismo al normativismo de Roxin. 7. Del esencialismo a la filosofía del lenguaje. 8. Balance provisional. 9. Lo fáctico y lo normativo, hechos naturalísticos y hechos sociales. 10. La realidad social es una parte de la realidad empírica construida por la asignación de funciones (Searle). 11. Función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. 12. El Derecho penal democrático como sistema normativo al servicio de los ciudadanos y no sólo de su propio mantenimiento normativo. 13. Las normas jurídicas están condicionadas por valoraciones previas. 14. Las necesidades de los seres humanos, origen y objetivo de las normas jurídicas. 15. Interacción de los sistemas normativos y los sistemas psico-físicos. 16. Los bienes jurídico-penales como concreción de intereses reales de los ciudadanos. 17. El principio de proporcionalidad como ponderación de los intereses protegidos y afectados por la intervención penal. 18. Bienes jurídico-

\* El presente artículo es la versión electrónica de un trabajo cuya versión en papel se ha publicado, en este mismo año, en el volumen colectivo *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, 2005.



*penales como espacios de libertad, frente a normas jurídicas como limitación de la libertad. 19. Lo normativo y lo fáctico en la teoría del delito. 20. En el comportamiento humano. 21. Consecuencias para la responsabilidad de las personas jurídicas. 22. Daño, peligro e imputación objetiva. 23. Lo fáctico y lo normativo en los bienes institucionales. 24. El tipo objetivo como selección normativa de una realidad prejurídica. 25. Dolo típico y protección de bienes jurídico-penales. 26. Lo fáctico y lo normativo en las causas de justificación. 27. Lo fáctico y lo normativo en la imputación personal (culpabilidad). 28. Conclusiones finales.*

## I

1. Desde hace algo más de treinta años se ha ido imponiendo en forma creciente un enfoque *normativista* de las cuestiones jurídico-penales. Dos han sido los autores que más han contribuido a esta evolución: Roxin, primero, y Jakobs, después. Los dos contrapusieron sus (distintas) perspectivas normativistas al ontologismo característico del finalismo de Welzel. Cuando éste alcanzaba su apogeo en Alemania, el mismo año en que se publica la traducción española del Tratado de Maurach<sup>1</sup> que tanto contribuyó a extender el finalismo más allá de la estricta escuela de Welzel, Roxin publicó un trabajo en que atacó el concepto final de acción por basarse en una óptica ontologista inadecuada a las necesidades del Derecho y al carácter normativo de los elementos del concepto de delito<sup>2</sup>. El joven Roxin se presenta, pues, desde un principio como defensor de un punto de vista normativista enfrentado al ontologismo de Welzel. Por su parte, Jakobs, aunque más de veinte años más tarde, presentó también su concepción del Derecho penal como frontalmente contrapuesta a la de su maestro Welzel, como una concepción normativista diametralmente opuesta al ontologismo finalista.<sup>3</sup> Sin embargo, el normativismo de Jakobs es mucho más radical que el de Roxin. Éste admite que el normativismo encuentra un límite en la realidad empírica, la cual tendría sus propias exigencias y condicionaría las construcciones jurídicas y las soluciones a que deben conducir. Por otra parte, postula una dogmática del Derecho penal abierta a principios político-criminales desde los que interpretar las normas jurídico-positivas.<sup>4</sup> Jakobs, en cambio, siguiendo a Luhmann, contempla el Derecho como un sistema

<sup>1</sup> Cfr. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de Córdoba Roda, 1962.

<sup>2</sup> Cfr. ROXIN, *Zur Kritik der finale Handlungslehre*, ZStW 74 (1962), p. 515 ss. El trabajo se incluyó más adelante en el libro del mismo autor *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, en gran parte coincidente con el traducido por LUZÓN PEÑA bajo el título *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976. La tesis doctoral de ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959, había sido también una crítica a la construcción de Welzel de los tipos abiertos.

<sup>3</sup> Cfr. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1ª ed., 1983, p. V ss. El mismo planteamiento mantiene la 2ª edición: ver el Prólogo de la traducción española de CUELLO/SERRANO, bajo el título *Derecho penal, Parte general*, 1995, p. VII.

<sup>4</sup> Cfr. sobre todo ROXIN, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*, en *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, 1968, p. 260 ss.; el mismo, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, 1972. Recientemente ha resumido la doble influencia que a su juicio tienen realidad empírica y principios normativos político-criminales en distintos puntos de la teoría del delito en ROXIN, *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*, en *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, 2003, p. 427 ss.

normativo cerrado, autorreferente, y limita la dogmática jurídico-penal al análisis normativo funcional del Derecho positivo, con exclusión de consideraciones empíricas no normativas y de valoraciones externas al sistema jurídico-positivo.<sup>5</sup> En el presente trabajo trataré de demostrar que este planteamiento normativista radical no es científicamente necesario<sup>6</sup> y priva de límites al poder punitivo del Estado. Pero antes expondré resumidamente las fases de la evolución histórico-dogmática que condujeron al ontologismo de Welzel y a la reacción normativista posterior. A continuación defenderé mi punto de vista sobre los límites que el normativismo ha de tener en un Derecho penal que sirva a los intereses reales, y no sólo simbólicos, de los seres humanos.

## II

2. Si el normativismo de Roxin y Jakobs reaccionó contra el ontologismo de Welzel, éste había surgido a su vez en oposición al relativismo valorativo del neokantismo, el cual por su parte se había contrapuesto al naturalismo de von Liszt. Las líneas fundamentales de esta evolución son conocidas<sup>7</sup>, pero no estará de más recordarlas.

3. La moderna teoría del delito nace en von Liszt bajo la influencia del **modelo positivista de ciencia**. Tras el auge espectacular de las ciencias experimentales, se extendió a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX una actitud de admiración por lo científico acompañada de un rechazo de la metafísica. El positivismo jurídico fue el resultado de esta nueva mentalidad en el ámbito de la doctrina jurídica: vio en el dato real del Derecho positivo el material empírico susceptible de observación científica y adoptó frente al mismo un método descriptivo y clasificatorio próximo en parte al empleado por las ciencias naturales. Binding representó en Alemania una primera versión de este positivismo jurídico, que pretendió científicidad excluyendo los juicios de valor y limitando su objeto al Derecho positivo.<sup>8</sup> Von Liszt caracterizó una segunda

<sup>5</sup> Cfr. últimamente ALCÁCER, *Facticidad y normatividad, Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal*, en Actualidad Penal, 2001, p. 251 ss., señalando, no obstante, que Jakobs no es siempre consecuente con esta concepción metodológica e introduce con frecuencia valoraciones no deducibles de la ley. Comparto esta apreciación, y añadiré que el hecho de que Jakobs tienda a revestir tales valoraciones del carácter de conceptos de naturaleza social (como el de rol social, que toma como base de propuestas personales de interpretación del Derecho vigente), en coherencia con su entendimiento del sistema jurídico como un subsistema social, no excluye que con ellas desborde el sistema jurídico positivo, y no en base precisamente a datos objetivos de la realidad social ni en el contexto de una explícita y controlable fundamentación político-jurídica general, sino a apreciaciones personales perfectamente discutibles. No obstante, en algún lugar vincula expresamente el sistema jurídico al mantenimiento del sistema social general (así en JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en un Derecho Penal funcional*, traducción de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas, 1996, p. 25, 28), aunque no a través de algún efecto empírico, sino por la pura afirmación simbólica de la norma que necesariamente va ligada a la imposición de una sanción en caso de infracción (op. cit., p. 18). Califica de "normativismo sin realidad empírica" (empiriefreier Normativismus) al normativismo de Jakobs, críticamente, SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, en *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, p. 13 ss.

<sup>6</sup> Desde una perspectiva finalista, distinta a la que adoptamos en este trabajo, ha dedicado una monografía a reclamar también límites al normativismo KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990.

<sup>7</sup> Cfr., ampliamente, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 96 ss.

<sup>8</sup> Cfr. MIR PUIG (n. 7), p. 188 ss., donde califico el positivismo de Binding como "normativismo" en el sentido en que este autor limitó su objeto de estudio a las normas jurídico-positivas con exclusión de toda consideración

versión del positivismo jurídico, que compartió la utilización de un método descriptivo y clasificatorio que excluía lo filosófico y los juicios de valor, pero se diferenció por tender puentes a la consideración de la realidad empírica no jurídica: el positivismo de von Liszt fue un positivismo jurídico con tintes naturalistas.<sup>9</sup> La concepción preventiva de la pena (prevención especial), el concepto causal de acción, su concepción en parte naturalística del bien jurídico y un entendimiento de la culpabilidad con base en el determinismo, son rasgos fundamentales de esta vinculación de la construcción de von Liszt a una realidad entendida naturalísticamente.<sup>10</sup>

El positivismo jurídico del siglo XIX tenía, además de su pretensión de cientificidad, un significado político plausible. Por una parte, las aspiraciones humanísticas de la Ilustración se habían ido convirtiendo, en parte, en Derecho positivo, de modo que postular la subordinación de la doctrina jurídica al Derecho vigente era optar por una cierta realización histórica de los ideales ilustrados.<sup>11</sup> Parafraseando a Habermas, la *facticidad* del Derecho positivo implicaba ya un grado de *validez* material que los juristas estimaban aceptable.<sup>12</sup> Por otra parte, dicha subordinación al Derecho positivo realizaba por sí misma uno de los valores indiscutibles del Derecho: la seguridad jurídica, que a su vez representaba ya el principio capital del Estado de Derecho: el imperio de la ley, que en Derecho penal se traducía en el principio de legalidad. El formalismo y la exclusión de juicios de valor del método positivista añadían una forma fácilmente objetivable de analizar, reconstruir y aplicar el Derecho que parecía blindarlo frente al peligro de manipulación subjetiva por parte del intérprete. En von Liszt el naturalismo ofrecía, además, a la elaboración dogmática una base sólida, la realidad científicamente observable, que parecía también contribuir a la seguridad jurídica. Al mismo tiempo, ponía el Derecho detrás del hecho y al servicio de la vida real, abriendo una brecha en el sistema jurídico por la que podía penetrar la realidad y que evitaba la concepción del Derecho como un fin en sí mismo.

4. No obstante, la acentuación de la preocupación científico-naturalista por parte de von Liszt puso de manifiesto de forma especialmente clara las insuficiencias del concepto positivista de ciencia para el Derecho penal. Quizás aceleró en nuestro campo la vuelta a la filosofía. El hecho es que la **reacción neokantiana** que se produjo en la teoría jurídica alemana de principios del siglo XX llegó al Derecho penal antes que al Derecho privado, y en la versión de filosofía de los valores, especialmente antinaturalista, de la escuela sudoccidental, más que en la dirección formalista de la escuela de Marburgo. En cualquier caso, en ello tuvo un papel decisivo la imposibilidad de

filosófica o de la realidad no jurídica. Se trata, como se ve, de un sentido bien distinto al que actualmente recibe el término “normativismo”.

<sup>9</sup> Cfr. MIR PUIG (n. 7), p. 196 ss., donde hablo, en este sentido, de “positivismo naturalista” y explico cómo combina von Liszt un método jurídico-formalista, con una referencia a la realidad empírica.

<sup>10</sup> Cfr. MIR PUIG (n. 7), p. 205 s.

<sup>11</sup> Cfr. MIR PUIG (n. 7), p. 275.

<sup>12</sup> Cfr. La idea central del libro de HABERMAS, *Facticidad y validez*, trad. de Jiménez Redondo, 2ª ed. 2000, sería que el Derecho del Estado democrático de Derecho supone el intento de superación de la antítesis de Derecho natural o ideal y Derecho positivo en una síntesis que incorpora a la *facticidad*, esto es, a la positividad, un procedimiento abierto al consenso como forma de obtención de la *validez*, esto es, de un contenido que pueda consensuarse democráticamente como legítimo.

explicar de forma satisfactoria los elementos centrales de la teoría jurídica del delito. Ni la acción, ni la antijuridicidad ni la culpabilidad –los tres pilares básicos del concepto de delito de von Liszt– podían entenderse adecuadamente prescindiendo de su significado valorativo. Pronto se vio que la *acción* no era sólo movimiento físico, sino una conducta que importa al Derecho penal en función de su significado social, que puede depender de su intención. Más evidente era aún que la *antijuridicidad* no es una mera descripción de una causación, sino, inevitablemente, un juicio de desvalor, que también depende de aspectos significativos del hecho no puramente causales. Del mismo modo, el significado negativo del concepto de *culpabilidad* no podía sustituirse por la sola constatación de una conexión psicológica cuasi-causal entre el hecho producido y la mente del autor, como lo demostró la inexistencia de tal vínculo psicológico en la culpa inconsciente y, en definitiva, la esencia normativa de toda imprudencia, así como la insuficiencia del propio dolo para la imputabilidad y para la negación de otras causas de exculpación.

Pues bien, el neokantismo de la escuela sudoccidental ofreció una fundamentación metodológica que permitió entender los conceptos jurídico-penales como conceptos valorativos, que puso su punto de mira en su significado esencialmente valorativo, sin por ello renunciar a la pretensión de cientificidad. Windelband y, sobre todo, Rickert desarrollaron una fundamentación neokantiana de las ciencias del espíritu o culturales como dotadas de un método distinto al de las ciencias naturales y al de las formales, método que distingue a las ciencias culturales por exigir la *referencia a valores*.<sup>13</sup> Varios penalistas que a su vez eran filósofos del Derecho, especialmente Radbruch, se percataron de la utilidad de este enfoque metódico para la dogmática jurídico-penal.<sup>14</sup> Ello determinó una reinterpretación de todos los conceptos de la teoría jurídico-penal. La acción, la omisión, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad dejaron de entenderse en términos formalistas y naturalísticos para pasar a concebirse en su sentido valorativo (por ejemplo, se consolidó así el paso de la concepción psicológica de la culpabilidad a la concepción normativa de la misma), y ello determinó alteraciones importantes en el contenido de cada una de dichas categorías (como la inclusión de elementos subjetivos y normativos en el tipo de injusto, por poner sólo un ejemplo).<sup>15</sup>

5. Es difícil de negar que el Derecho penal se ocupa de hechos dotados de significado valorativo y que le importan estos hechos precisamente por dicho significado y no sólo en su dimensión físico-naturalística. No es esto lo que atacó **la crítica que Welzel dirigió** a los neokantianos, sino su punto de partida metodológico *subjetivista* según el cual el carácter valorativo de un hecho no está en el hecho mismo, sino que es aportado por los hombres: es el significado que nosotros *otorgamos* al hecho.<sup>16</sup> Por el contrario,

<sup>13</sup> Cfr., ampliamente, CARDENAL MONTRAVETA, *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, 2002, (hay publicación *on line* en <http://www.tdcad.cesca.es>), p. 303 ss.

<sup>14</sup> Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, (n. 13) p. 335 ss.

<sup>15</sup> Cfr. MIRPUIG (n. 7) 218 ss.

<sup>16</sup> Ello se fundamentaba por los neokantianos como una extensión al mundo de la cultura del planteamiento kantiano según el cual el conocimiento es el producto de aplicar a la *materia* representada por la experiencia las *formas a priori* de espacio y tiempo y de las categorías del entendimiento humano. Para los neokantianos los hechos culturales supondrían la aplicación de formas *a priori* específicas configuradoras del significado cultural,

Welzel sostuvo que el significado de los hechos procede de la forma de ser de los hechos. Admitía que una misma cosa pueda ser contemplada en más de uno de sus aspectos posibles: por ejemplo, el hombre puede ser estudiado en su naturaleza biológica, cosa que hace la medicina, y también en su naturaleza racional, cosa que hace la psicología, pero si ello es posible es porque el hombre tiene en sí mismo ambos aspectos. Del mismo modo, la acción humana puede considerarse desde el punto de vista causal-naturalístico, que es lo que hacemos cuando nos importan los movimientos musculares, pero ha de tomarse en su dimensión de finalidad cuando tratamos de descubrir su específico significado humano, porque éste no depende de nosotros, sino de dicha finalidad.<sup>17</sup> También a Welzel le interesa, pues, el significado de la acción, pero, a diferencia de los neokantianos, cree que dicho significado no se lo atribuimos, sino que pertenece a la propia naturaleza de la acción: a la propia "naturaleza de la cosa", en el sentido de que constituye su "estructura lógico-objetiva".

Como es sabido, para Welzel la finalidad de la acción, como estructura lógico-objetiva de este concepto, debe ser respetada tanto por el legislador como por la ciencia jurídica. Del mismo modo, también la capacidad del ser humano de auto-determinarse conforme a sentido, que Welzel entiende como "poder actuar de otro modo", sería para este autor otra estructura ontológica que ni el legislador ni la ciencia jurídica pueden desconocer. El Derecho positivo y la teoría del delito debían partir de estas estructuras, que se les impondrían como límites objetivos infranqueables.

6. El **normativismo** que Roxin opuso al finalismo, desvinculó el fundamento de la dogmática de exigencias ontológicas, para basarla en decisiones político-criminales – como la atribución a las penas y medidas de seguridad de una función de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos –, que no se imponen al legislador, sino que éste elige de entre otras posibles opciones. El punto de vista *normativo* presupondría, pues, libertad de elección, frente a la sujeción a estructuras lógico-objetivas de que partía el *ontologismo* de Welzel.

La limitación ontológica que postuló el finalismo había encontrado un ambiente favorable en la postguerra alemana, cuando se sintió la necesidad de buscar límites al poder que impidiesen la repetición de excesos abominables como los del III Reich. Hubo entonces en Alemania un cierto renacimiento del Derecho natural, como límite clásico al Derecho positivo, y el ontologismo de Welzel buscó también en la naturaleza de la cosa límites a la libertad de decisión del legislador.<sup>18</sup> Esta voluntad de fijar límites

como los valores, que serían aportados, por tanto, por nuestra mente. Ciertamente, esto suponía una subjetivización importante del planteamiento kantiano, en el sentido de que ya no dependería sólo de la subjetividad relativa propia de la estructura de la razón pura, idéntica en todo ser humano, sino que variaría según los individuos, como los valores varían según los individuos. Contra esta subjetivización de la epistemología kantiana –no contra ésta– se dirigió la crítica de Welzel. Cfr. *in extenso* MIR PUIG, (n. 7) p. 226 ss. Contra este subjetivismo idealista, que en Derecho público propició planteamientos como el de Carl Schmitt, que sirvieron de base al nacionalsocialismo, cfr. ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de Derecho liberal: Schmitt en Weimar*, 1989, p. 110 s.

<sup>17</sup> Cfr. WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, p. 28 ss.

<sup>18</sup> El libro de WELZEL que en España se tituló *Introducción a la filosofía del Derecho*, 2ª ed., 1971 (traducción de González Vicén), tuvo como subtítulo lo que en la edición alemana original era su título: *Derecho natural y Justicia material (Naturrecht und materielle Gerechtigkeit)*. Welzel no aceptó en él el Derecho natural clásico, pero sí compartió con éste, como objetivo central de la obra, la búsqueda de límites en la naturaleza del ser.



al poder es encomiable, y a mi juicio irrenunciable, pero el ontologismo no era la vía adecuada.

Por de pronto, las dos estructuras ontológicas sobre las que Welzel asentó la teoría del delito, la acción final (como base del injusto) y el poder actuar de otro modo (como base de la culpabilidad), tienen una capacidad de limitar al legislador bastante reducida. No sirven para decidir lo más importante: qué acciones finales culpables pueden castigarse como delictivas y cuáles no, ni qué criterio ha de orientar la clase y cantidad de pena que debe imponerse en cada caso. Su poder de limitación es muy inferior al que tiene el conjunto de principios político-criminales generalmente admitidos en la actualidad: desde el principio de legalidad, con sus diferentes exigencias, hasta el principio de resocialización, pasando por los principios de subsidiariedad o intervención mínima, de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídico-penales, de humanidad, de culpabilidad en sentido amplio y de proporcionalidad –aparte de los fundamentales principios garantistas del proceso penal–.

7. Por otra parte, el enfoque ontologista del finalismo es cuestionable a la luz de la evolución de la filosofía actual. Tanto las corrientes hermenéuticas como las analíticas han abandonado la pretensión de captar *esencias* propia del ontologismo. De una u otra forma, se reconoce que nuestra aproximación al mundo está fundamentalmente mediada por el lenguaje que utilizamos para referirnos a él. Las palabras no son puros reflejos necesarios de las cosas, sino nuestro modo de ver las cosas. Al dar nombre a una cosa elegimos qué parte de la realidad cabrá dentro de ese nombre. Ni siquiera la realidad física decide antes del lenguaje dónde empieza una cosa y dónde comienza otra: la naturaleza no está dividida en las cosas que nosotros distinguimos mediante palabras.<sup>19</sup> Y el alcance y sentido de las palabras no nos viene impuesto, sino que surge por el acuerdo de los hablantes: es convencional. En el mundo de la cultura, el que hemos construido los seres humanos, todavía es mayor la libertad creadora de las palabras, porque los elementos culturales son creaciones colectivas consensuadas mediante palabras –por cierto, el lenguaje es a su vez la creación cultural básica, paradigma de todas las demás.

8. Ni el naturalismo causalista, ni el ontologismo finalista resultan suficientes. La perspectiva naturalística no es adecuada al Derecho ni a los hechos que éste debe regular, en los que –como señalaron los neokantianos– importa su significado cultural, referido a valores o, como hoy suele decirse, normativo. El ontologismo finalista parte de un objetivismo esencialista que desconoce que los conceptos que tenemos no son puros reflejos necesarios de la realidad, sino construcciones humanas basadas en un consenso social contingente. No basta para ello la intención de cada sujeto. Junto a lo fáctico hay que reconocer el papel decisivo de lo normativo, y lo fáctico tampoco se agota en lo naturalístico-causal, ni en su dimensión subjetiva. Pero no cabe negar

<sup>19</sup> Esto no significa que la realidad física no exista tal como es con independencia de las palabras que utilizamos para describirla. Lo más razonable es pensar que existe y que su existencia es independiente de nuestros lenguajes. Lo que sí es creación del hombre es la asignación de nombres a las cosas y lo que esto presupone, a saber, la división de la realidad en cosas que corresponden a conceptos designados con palabras.

tampoco la necesidad de una base empírica en los hechos relevantes para el Derecho penal ni la necesidad de respetar los condicionamientos de la realidad para que los principios normativos del Derecho penal puedan influir adecuadamente en la realidad.

9. He llegado a estas conclusiones a partir del uso que suele darse por los penalistas a términos como “naturalístico”, “ontológico”, “valorativo”, “normativo”, y a un uso intuitivo del concepto de realidad y de lo “fáctico”. Sin embargo, tales usos plantean algunas ambigüedades y problemas de delimitación conceptual. Especialmente problemática puede resultar la contraposición entre lo “fáctico” y lo “normativo”, si lo fáctico no se entiende limitado a lo naturalístico, sino que se extiende a lo social, puesto que buena parte de los hechos sociales se definen en términos normativos. Por otra parte, queda por dilucidar la cuestión fundamental de qué relación existe entre los hechos de la naturaleza y los hechos sociales, entre lo naturalístico y lo normativo. De ello depende a su vez hasta qué punto es correcto considerar lo normativo con independencia de lo empírico y cómo puede la realidad condicionar lo normativo. Para aclarar estas cuestiones me parece útil recurrir a continuación al análisis de la realidad social que ha efectuado el importante filósofo John R. Searle.<sup>20</sup>

10. Searle propone una explicación de la realidad social que parta de su conexión con el mundo “físico” y al mismo tiempo la distinga de éste. Empieza por enmarcar la realidad social en una ontología fundamental que arranca de dos teorías sobre las que existe consenso en la ciencia actual, la teoría atómica de la materia y la teoría de la evolución biológica. En palabras de Searle: “...vivimos en un mundo compuesto enteramente por partículas físicas en campos de fuerza. Algunas de ellas están organizadas en sistemas. Algunos de estos sistemas son sistemas vivos, y algunos de esos sistemas vivos han adquirido evolucionariamente consciencia. Con la consciencia viene la intencionalidad, la capacidad del organismo para representarse objetos y estados de cosas mundanos. La cuestión es ahora: ¿cómo podemos dar cuenta de la existencia de hechos sociales dentro de esta ontología?”<sup>21</sup>

La realidad social se construye a partir de la intencionalidad de la consciencia y mediante tres elementos básicos: la asignación de una función a ciertos hechos, la intencionalidad colectiva y las reglas constitutivas.<sup>22</sup> Tales elementos permitirán explicar el origen y el sentido de una clase de hechos sociales que caracterizan las culturas humanas: los *hechos institucionales*. Lo curioso de estos hechos es que, siendo “porciones

<sup>20</sup> Cfr. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, Presentación y traducción de A. Domènech, 1997. El título de esta obra viene a ser una réplica a la del conocido libro de PETER L. BERGER. y THOMAS LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, 4ª ed. 1976, en el cual estos sociólogos sostienen que *toda* la realidad es una construcción social. Frente a esto, la tesis de Searle es que la realidad del mundo natural, la de los “hechos brutos”, existe con independencia de nosotros a diferencia de lo que ocurre con la realidad social, que sí hemos construido los seres humanos: no todo es construcción social. Coincido con esta apreciación. Al partir de la propuesta de Searle quiero destacar que, en nuestra terminología, no todo es “normativo” y que lo “normativo” está conectado siempre a alguna realidad natural.

<sup>21</sup> Cfr. SEARLE, (n. 20), p. 26 s. En nota explica que usa el término “intencionalidad” en un sentido más amplio que el de finalidad, abarcando todo estado mental referido o dirigido a algo, lo que incluye a creencias y deseos, “porque para tener una creencia o un deseo tenemos que creer que tal o tal cosa es el caso o desear que tal o tal cosa lo sea (...) Pretender, por ejemplo, ir al cine es sólo un tipo de intencionalidad entre otros”.

<sup>22</sup> Cfr. SEARLE, (n. 20), p. 32 ss.



del mundo real, hechos objetivos en el mundo (...), sólo son hechos merced al acuerdo humano".<sup>23</sup> Que el papel que tengo en la mano es un billete de 20 euros es un hecho institucional, en el cual lo específico no es la realidad física del papel, sino que sirva para pagar algo. Este hecho institucional presupone una institución, el dinero, que supone la atribución de una función de pago a determinados objetos físicos. Tal asignación de función ha de ser colectiva, no sólo individual, y está condicionada a que se cumplan ciertas reglas. Algunos objetos que construimos, como un destornillador o una bañera, también tienen asignada una función colectiva, pero pueden cumplirla gracias a sus características físicas. Son construcciones sociales pero no institucionales. Los hechos institucionales suponen la asignación colectiva de una función que no puede ser cumplida por las solas características físicas de un objeto, sino sólo por una atribución colectiva de una *función de status* (como la función propia del *status* de dinero, que concede un derecho a quien lo tiene; pero también como la función simbólica de significar que atribuimos a las palabras, que es necesaria para las demás asignaciones de funciones).<sup>24</sup> Esta atribución de función de *status* tiene lugar mediante *reglas constitutivas*, que a diferencia de las *reglas regulativas*<sup>25</sup> tiene la curiosa virtualidad de crear una realidad distinta a la física.

¿Cuál es la relación que existe entre los hechos institucionales y el resto de los hechos del mundo? Para Searle, existe una "línea continua que va de las moléculas y las montañas hasta los destornilladores, las palancas y los atardeceres bellos, para llegar, luego, hasta las legislaciones, el dinero y los Estados-nación. El trecho central en el puente que va de la física a la sociedad está constituido por la intencionalidad colectiva, y el movimiento decisivo, en el tránsito de creación de realidad social a lo largo de este puente, es la imposición intencional colectiva de funciones a entidades que no pueden cumplir la función sin esa imposición. El movimiento radical que nos lleva de hechos sociales simples, como que estamos sentados juntos en una banqueta o inmersos en un combate de boxeo, hasta hechos institucionales, como el dinero, la propiedad y el matrimonio, es la imposición colectiva de función a entidades que –a diferencia de las palancas, las banquetas y los automóviles– no pueden cumplir las funciones merced a su mera estructura física".<sup>26</sup> Cabe distinguir, pues, tres escalones básicos: hechos físicos no sociales, hechos sociales simples y hechos institucionales. Todos los hechos institucionales son hechos sociales y todos los hechos sociales tienen alguna base física, pero no al revés. Los hechos físicos son el género común a todos los hechos del mundo, los hechos sociales son una especie de tales hechos y los hechos institucionales son una clase de hechos sociales. Searle llama "*hechos brutos*" a los hechos físicos no mentales ni sociales. Pero, como todo hecho institucional tiene

<sup>23</sup> Cfr. SEARLE, (n. 20), p. 21.

<sup>24</sup> Cfr. SEARLE, (n. 20), p. 58 ss. En la p. 126 de esta obra cit. Searle aclara que "...el uso de la noción de función no significa aquí aceptación por mi parte de ningún tipo de "análisis funcional" o de "explicaciones funcionales" en la investigación sociológica. Las funciones que estoy discutiendo están internamente relacionadas con el *status* correspondiente, de modo que, en general, el enunciado del *status* implica trivialmente la función correspondiente. Decir que algo es dinero implica, por definición, que, entre otras cosas, funciona como medio de intercambio, es decir, como dinero".

<sup>25</sup> Cfr. SEARLE, (n. 20), p. 45.

<sup>26</sup> Cfr. SEARLE, (n. 20), p. 58.

alguna base física, aquélla a la que se asigna la función de *status* de que se trate (por ejemplo, el papel en el billete de 20 euros), "no hay hechos institucionales sin hechos brutos".<sup>27</sup>

De este planteamiento me interesa destacar lo siguiente: 1) Todo hecho social, incluso los más complejos, como los institucionales, requiere alguna base física. En la terminología que solemos usar los penalistas: no hay nada puramente normativo. 2) Todos los hechos institucionales tienen algo de normativo, puesto que presuponen reglas constitutivas que son las que les atribuyen su sentido específico. 3) Las normas jurídicas son hechos institucionales creados por los legisladores que a su vez operan como *reglas constitutivas* de otros hechos institucionales, como la asignación del *status* de delito a determinadas conductas, pero que pueden (y generalmente creemos que deben) operar también como *reglas regulativas* que tratan de influir empíricamente (y no sólo simbólicamente) en los comportamientos físicos y sociales de los ciudadanos. 4) Los seres humanos son el soporte físico y mental de los hechos sociales, incluidos los institucionales, cuya propia existencia se debe al acuerdo de seres humanos.

### III

11. La combinación de elementos físicos y normativos que caracteriza toda realidad social debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico, empezando por el de la **función del Derecho**. Si todo hecho institucional se construye por la asignación de una función, el sentido del Derecho dependerá en primer lugar de la función que le atribuyamos. Aquí partimos de que el Derecho es una construcción humana caracterizada por la función de regular la vida de los seres humanos. También el Derecho penal tiene tal función. Hay diferentes formas de concretar esta función, que en última instancia dependen de la orientación política del Estado. En un Estado social y democrático de Derecho como el que consagra la Constitución española y que, con uno u otro nombre y distintos matices de importancia, es predominante en los países occidentales, corresponde al Derecho penal una función de *prevención limitada* de delitos,<sup>28</sup> entendidos éstos como hechos dañosos para intereses directos o indirectos de los ciudadanos.

12. Esto presupone que asignamos al Derecho penal la función de *influir en la realidad existente más allá del propio Derecho penal y de sus normas*. Presupone que no entendemos el Derecho como un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, al estilo de Luhmann y Jakobs,<sup>29</sup> sino como un siste-

<sup>27</sup> Cfr. SEARLE, (n. 20), p. 72. En la p. 132 expone un cuadro global de las relaciones jerárquicas entre los distintos tipos de hechos, que explica resumidamente en las páginas siguientes.

<sup>28</sup> Cfr. MIRPUIG, *Derecho penal. Parte General* (7ª ed.), 2004, p. 103 a 105.

<sup>29</sup> Cfr., p. ej., JAKOBS, (n. 5), p. 18, 25, 28. Aquí añade Jakobs la función de mantenimiento del sistema social general, concebido también como sistema constituido por normas y que depende del mantenimiento (simbólico) de estas normas (no de su eficacia empírica). Se trata de una fundamentación que, como todo funcionalismo, apunta al aspecto colectivo de orden social, a diferencia de la que se propone en el texto, basada en las necesidades de los seres humanos como individuos. Carece de todo referente material que proteja al individuo del poder y encierra, en cambio, una tendencia autoritaria a primar el valor de lo colectivo por encima del de los individuos. Señala esta tendencia ALCÁCER, (n. 5), p. 240, 245, 255.

ma al servicio de las necesidades de los seres humanos, como un sistema normativo al servicio de los sistemas biológicos representados por los individuos.<sup>30</sup> Siendo así, tampoco me parece suficiente reconocer esta conexión pero considerarla ajena al específico objeto de estudio de la teoría jurídica, limitando dicho objeto a los aspectos internos del sistema normativo jurídico.<sup>31</sup>

Basar la teoría jurídica en el reconocimiento de que el Derecho ha de servir al ciudadano me parece obligado para una *concepción democrática del Derecho*. Es evidente que ello supone renunciar a una teoría jurídico-penal válida para cualquier contexto político. No ha habido nunca ningún sistema jurídico-penal que no haya estado al servicio de algún sistema político. Merece la pena reducir el alcance de nuestro análisis al Derecho penal adecuado a nuestra actual cultura política, puesto que ello permite concretar los principios que han de inspirar su contenido. También permite evitar la impresión que puede dar una concepción apolítica, *estrictamente jurídica*, de que la legitimación del Derecho es independiente de su orientación concreta y procede de sí mismo.

13. Antes de desarrollar el planteamiento propuesto, quiero llamar la atención en qué papel juega en él lo "normativo". Tal planteamiento no es, desde luego, meramente descriptivo, sino que implica un conjunto de valoraciones que parten de una valoración fundamental (que el Derecho ha de servir a los seres humanos). Ello supone admitir que el sistema normativo jurídico ha de entenderse condicionado por consideraciones valorativas (y, por tanto, también normativas) que el legislador se encuentra y de las que no puede disponer. Estamos distinguiendo dos niveles de normatividad, una representada por valoraciones culturales no jurídicas, y otra por las normas jurídico-positivas. El primer nivel de normatividad limita las posibilidades normativas del segundo nivel. Si la reivindicación de lo normativo tuvo frente al ontologismo de Welzel el sentido de reclamar para el Derecho y la dogmática jurídica desvinculación de lo fáctico y en este sentido libertad de decisión en función de valoraciones, aquí defendemos una limitación de la libertad normativa del Derecho positivo exigiendo su subordinación a valoraciones culturales fundamentales (también normativas) que condicionen la legitimidad y alcance de las decisiones del legislador. Lo normativo jurídico ha de estar limitado por lo normativo cultural. Ahora bien, si nuestra cultura pone al ser humano en la base y en el centro de sus valoraciones, éstas otorgarán valor

<sup>30</sup> Aunque los sistemas sociales puedan distinguirse de los sistemas biológicos representados por los seres humanos, no hay que olvidar, sino enfatizar, que, como dice Maturana, "es constitutivo de los sistemas sociales que los componentes que los realizan sean sistemas vivientes", que "un sistema social compuesto de seres humanos es un sistema social humano", y que "un sistema social humano es definido como tal por la aceptación mutua de sus componentes en su condición de seres humanos": cfr. MATURANA, *La objetividad. Un argumento para obligar*, 1997, p. 87.

<sup>31</sup> Sobre el carácter estrictamente positivista de la metodología jurídica de Luhmann y Jakobs, que excluyen de la dogmática jurídica valoraciones político-jurídicas no derivadas de la ley y, por tanto, también la cuestión de la legitimación del Derecho, críticamente, dr. ALCÁCER, (n. 5) p. 251 ss. También SUÁREZ/CANCIO, *Estudio preliminar a Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid 1996, p. 78 ss., y PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs en Jakobs, Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, p. 26 ss.

normativo fundamental a la realidad del ser humano. Lo normativo estará también condicionado por lo real.

14. En un Estado democrático el sistema normativo del Derecho ha de estar, pues, al servicio de algo distinto a sí mismo como son los sistemas psíquico-físicos en que los seres humanos consisten.<sup>32</sup> Como acabamos de indicar, este postulado es deóntico, de deber ser, y como tal no se deduce lógicamente del ser de los hombres. No es descriptivo, sino prescriptivo. No es ontológico, sino normativo. Sin embargo, la valoración que supone *parte de* las necesidades biológicas y psicológicas de los seres humanos como hechos reales no normativos, y exige la incidencia en dicho sector de la realidad. Si los seres humanos no fuésemos como somos, si no tuviéramos las necesidades vitales, emocionales y afectivas que tenemos, si fuéramos insensibles al dolor y nos resultara indiferente vivir o morir, tendríamos otro orden de valores, o no tendríamos ninguno. Por otra parte, la realización del postulado normativo de que el Derecho penal proteja a los seres humanos requiere que el sistema jurídico tenga efectos fuera de sí mismo, que sea eficaz en la protección de intereses de la vida. Lo normativo ha de relacionarse con lo fáctico, no en una relación lógica, sino causal: nuestro ser real es causa de nuestros valores y en él han de desplegar su efecto nuestras normas.

Esto no significa que nuestra cultura sea la única posible habida cuenta de nuestra naturaleza, cosa evidentemente contradicha por la existencia de distintas culturas y diferentes momentos en las mismas, pero sí que las características de nuestra especie señalan un marco dentro del cual pueden manifestarse diferentes variedades culturales. Ocurre como en el lenguaje: todo ser humano tiene en principio capacidad para el lenguaje, aunque en cada lugar y tiempo esa capacidad se concrete en forma de diferentes lenguajes —que de todos modos tienen unas estructuras básicas comunes. También sucede en la moral. Han existido y existen diferentes morales, pero todas ellas se basan en una capacidad del ser humano para sentir empatía por los demás, conciencia de actuar bien o mal, remordimiento por hacer lo que consideramos mal, sensibilidad ante el reproche social, etc.

15. Que el Derecho sea un sistema normativo no implica que sólo importen sus elementos normativos ni que su función se agote en su propia subsistencia. Es cierto que todo sistema tiene determinadas exigencias internas que condicionan su mantenimiento. Requiere un determinado grado de *organización* que impida su disolución y confusión con su ambiente. Pero, aunque ello suponga que los sistemas sean de algún modo *autopoyéticos*, no excluye la interacción de sistemas distintos. Al contrario, tal

<sup>32</sup> Quiero dejar claro que no me refiero aquí al concepto de "persona" que utiliza JAKOBS, (n. 5), p. 50 s. Mientras que, según Jakobs, el carácter de "persona" es atribuido y puede ser negado al individuo o a ciertos individuos por la sociedad, la realidad física del ser humano no depende del reconocimiento social, sino de su mera existencia. La relativización y debilitamiento de los derechos humanos que supone la concepción de Jakobs se ha hecho patente en su formulación del "Derecho penal del enemigo", que supondría la consideración del delincuente enemigo como "no-persona" y su tratamiento fuera de la lógica del Derecho y dentro de la de la guerra: cfr. JAKOBS, *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente* (Comentario), en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, trad. Española de Teresa Manso, p. 60 s. Apenas es concebible mayor desprecio de la dignidad humana que merece todo individuo de nuestra especie que negarle su condición de persona.

interacción suele ser necesaria para la *adaptación* de los sistemas al medio (todo sistema necesita, para su subsistencia, tanto de cierta resistencia al medio a través de su organización, como de determinado grado de adaptación al mismo).<sup>33</sup> Una de las formas posibles de interacción entre sistemas es la de subordinación de uno a otro. Del mismo modo que un elemento de un sistema es o no funcional respecto a la estructura del mismo, un sistema puede ser funcional o no respecto a otro u otros sistemas. Los sistemas relacionados pueden poseer naturalezas afines, como los distintos sistemas (el sanguíneo, el respiratorio, el linfático, el hormonal, etc.) que son parte de sistemas biológicos más complejos, pero también pueden tener una naturaleza completamente distinta. Este es el caso de dos sistemas que rigen nuestra vida cerebral: el sistema límbico, responsable de nuestras emociones, y el sistema racional, ubicado en el lóbulo prefrontal; aunque ambos tienen una base biológica neuronal, el sistema racional produce el pensamiento simbólico, que tiene una lógica propia no reconducible a la biológica ni a la de las emociones. Por lo demás, los sistemas exteriores al ser humano (inorgánicos, biológicos o simbólicos) interactúan con nuestro organismo, tanto en sus sistemas biológicos como en su sistema racional. Nada impide que un sistema normativo esté al servicio de un sistema psico-físico como el hombre. De hecho, dentro del hombre el sistema racional es funcional para el mantenimiento del sistema biológico global. Incluso podríamos ver en esta relación entre estos dos sistemas humanos –el racional y el biológico– un paralelismo no fortuito entre la constante relación de lo normativo y lo fáctico en las sociedades humanas.

16. Extraigamos algunas consecuencias. Si el Derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sean directamente vinculados a su individualidad –como la vida, la integridad física, la libertad sexual, el patrimonio, etc.–, ya sean mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales –como la Administración de Justicia u otras instituciones estatales–. Los **bienes jurídico-penales** han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el Derecho penal. Así entendidos, han de constituir la referencia básica para determinar la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho.

17. La grave intromisión en derechos fundamentales que representan las penas y las medidas de seguridad ha de estar sujeta al mismo principio que debe legitimar cualquier afectación de derechos fundamentales por parte del Estado: el **principio constitucional de proporcionalidad**. Según éste, tales intervenciones estatales requieren tres condiciones: 1) Necesidad de la afectación; 2) Idoneidad de la misma para conseguir su objetivo; 3) Proporcionalidad en sentido estricto entre la lesión de derechos que supone la intervención estatal y el beneficio social que con ella se obtiene. En Derecho penal los bienes jurídico-penales son los puntos de referencia de estas exigencias del principio constitucional de proporcionalidad. La *necesidad* y la *idoneidad* de la intervención

<sup>33</sup> Cfr., p. ej., MATURANA, (n. 30), p. 51.

penal lo han de ser para la protección de bienes merecedores de tal protección, esto es, de intereses directa o indirectamente fundamentales para los ciudadanos. Y la comparación de costes y beneficios que requiere una *proporcionalidad en sentido estricto* debe efectuarse entre la gravedad de los derechos individuales afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico-penales afectados por el delito. Por esta vía constitucional encuentra legitimación la función de prevención del Derecho penal, en la medida en que es la forma de proteger intereses fundamentales de los seres humanos, y al mismo tiempo se incluye el único aspecto admisible de la idea de retribución: la necesidad de que exista proporcionalidad entre la pena y el delito –con la ventaja, además, de que esta proporcionalidad puede extenderse también a las medidas de seguridad. Se encuentra así la forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como de proteger a los delincuentes (también ciudadanos) de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado.

18. Situar los intereses de los ciudadanos en el centro de los objetivos del Derecho penal, concediendo a éste la función de prevención de ataques a bienes jurídico-penales como forma de protegerlos proporcionada al sacrificio de derechos fundamentales del reo, es enfatizar la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas. Los bienes jurídico-penales más indiscutibles han sido reconocidos como **derechos humanos** por las declaraciones internacionales, y como estos derechos humanos representan intereses del individuo frente al Estado. Por el contrario, prescindir de esta referencia individual y poner en su lugar las normas jurídicas, como objeto central de protección del Derecho penal, subraya la sujeción de los individuos al poder estatal. Las normas jurídicas son manifestación del poder y limitan la libertad de sus destinatarios. Erigirlas en el objeto último de protección por parte del Derecho penal supone considerarlas valiosas en sí mismas, esto es, supone considerar valiosa por sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática. Las normas jurídicas no son un fin en sí mismo, sino un mal necesario al que sólo es lícito acudir cuando no hay otro remedio, cuando la restricción de la libertad es necesaria, idónea y proporcionada para el mantenimiento de intereses fundamentales de los individuos. Las normas jurídicas no son un bien en sí mismas que sirva para justificar la intervención penal, sino, al contrario, un mal necesitado de justificación.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Ver MIR PUIG, *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal* en Díez Ripollés y otros (coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro-Homenaje a Cerezo Mir*, 2002, p. 78, y en la versión on line corregida en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>, p. 6 s., donde señalo que las normas apuntan a *deberes*, mientras que los bienes jurídicos apuntan al aspecto de los *derechos*. Las declaraciones internacionales de derechos, como las de las constituciones, tienen una finalidad limitadora del poder que no transmitirían declaraciones de deberes. Entender el delito como infracción de una norma es entenderlo como *infracción de un deber*, ya fue la esencia que en la época nacionalsocialista se reclamó para el delito en sustitución de la concepción de éste como *lesión de un bien jurídico*. En esta contraposición, la infracción de un deber (que es en lo que consiste la infracción de una norma) se presenta frente a la lesión de un bien jurídico como la opción autoritaria frente a la opción liberal. Pero para que ello sea correcto, hay que vincular los bienes jurídicos a intereses de los ciudadanos, ya sea como bienes individuales o como bienes colectivos cuyo sentido último sea también servir al ciudadano.



## IV

19. La relación entre lo normativo y lo fáctico ha de tener consecuencias no sólo en la determinación de la función del Derecho penal, sino también en todos los **elementos del delito**. La función de prevención (que en sí misma exige eficacia empírica en la evitación de daños reales) ha de estar limitada por los principios que garantizan el respeto que hoy consideramos debido al individuo en atención a su realidad psico-física: a su capacidad para sentir dolor, a su necesidad de seguridad, a su sentido de justicia y responsabilidad, a su necesidad de integración social. Son rasgos como éstos, propios de nuestra naturaleza humana aunque mediados por la cultura, el fundamento último (repito: no lógico, sino genético) de los principios que están en la base de la teoría del delito: el principio de legalidad, el principio de lesividad, el principio de culpabilidad en sentido amplio, el principio de necesidad de pena. Por otra parte, la realización de estos principios exige en el hecho punible elementos fácticos y elementos normativos.

Mi tesis es que ello ocurre con carácter general a lo largo de toda la teoría del delito. Ésta no es descripción de realidades naturalísticas ni se deriva de estructuras ontológicas, pero tampoco es pura creación normativa, sino que es un conjunto de exigencias derivadas de principios normativos cuya realización requiere tener en cuenta las posibilidades que ofrece la realidad.

20. Empecemos por el primero de los elementos que suele mencionarse al definir delito: **la acción**. El concepto de acción tiene el alcance que tiene la palabra "acción". Aun restringiendo el análisis a la "acción humana", encontraremos que alcanza no sólo a acciones finales, sino también a acciones involuntarias. La misma posibilidad lingüística de esta expresión "acción involuntaria" demuestra que puede ser usada sin violentar el sentido de estas palabras. Podemos decir perfectamente, sin incurrir en ninguna incorrección, que *hemos hecho algo sin querer*. De ello se sigue que llamamos acciones humanas no sólo a las acciones que una persona realiza voluntariamente, finalmente, sino también las que realiza involuntariamente. Por otra parte, también podemos incluir en lo que *hacemos* comportamientos meramente mentales: pensar es algo que también hacemos; también soñar, dormidos o despiertos. Ni el carácter voluntario o final, ni el carácter externo, son notas necesarias de toda acción humana, esto es, de todo lo que podemos llamar con las palabras "acción humana". Otra cosa es que, en la terminología jurídico-penal podamos *convenir* en restringir la expresión "acción humana" –u otras parecidas, como "comportamiento humano" o "conducta humana"– a acciones voluntarias o finales externas. Pero ello no puede considerarse obligado por una pretendida esencia preexistente de la acción humana, sino que debe justificarse por alguna razón de conveniencia (normativa).

Desde mi punto de vista, la conveniencia de usar los términos "acción", "comportamiento" o "conducta" en la teoría del delito en el sentido restrictivo indicado, procede de la opción político-criminal básica en favor de un Derecho penal que se dirige al ciudadano mediante normas que le prohíben comportamientos que desean evitarse y que respeta el principio de culpabilidad en sentido amplio. Si las normas prohibitivas

han de conseguir del ciudadano que evite las conductas delictivas, éstas han de poder ser evitadas voluntariamente por el ciudadano. Sería inútil tratar de impedir hechos mediante la motivación normativa si tales hechos no son controlables por la voluntad. Por otra parte, el principio de culpabilidad en sentido amplio impide imputar a alguien algo que no ha podido controlar. La exigencia de una acción voluntaria se deriva, pues, tanto de la inutilidad de prohibir hechos involuntarios como del principio de culpabilidad.

De la argumentación que acabamos de efectuar se desprende que el primero de los elementos de la definición clásica de delito, el comportamiento humano voluntario, no es la única forma posible de acción de una persona, sino una exigencia derivada de principios político-criminales actualmente compartidos: no se deriva de una consideración *ontológica* de la estructura lógico-objetiva de la acción, sino de principios *normativos*. Lo mismo puede decirse del resto de elementos de la teoría del delito. Sin embargo, el ejemplo de la acción humana pone de manifiesto que también hay que tener en cuenta los condicionamientos de la realidad. Que sólo se pueden prohibir comportamientos voluntarios tiene que ver con la función de prevención de conductas mediante normas dirigidas al ciudadano y con el principio de culpabilidad, pero es también una consecuencia del *hecho* de que el destinatario de una norma sólo puede cumplirla o infringirla mediante algún acto de voluntad y de que, por tanto, una norma que trate de evitar (prevenir) un hecho influyendo en sus destinatarios, sólo puede conseguirlo determinando la voluntad de los mismos. En otras palabras: el fin de prevención a través de normas dirigidas a los ciudadanos es una opción político-criminal que supone una decisión normativa, pero la consecución de tal fin requiere la utilización del único mecanismo que lo hace posible, el de motivación dirigida a la voluntad. Si se trata de influir en la realidad hay que utilizar los cauces que permiten tal influencia. Ésta es la parte de verdad del enfoque welzeliano.

21. Veamos qué consecuencias puede tener lo anterior respecto a la cuestión actual de si las **personas jurídicas** pueden delinquir y responder penalmente. El hecho de que bastantes legislaciones actuales admitan esta posibilidad puede verse como un apartamiento de la tesis finalista según la cual sólo una acción final puede constituir un delito, puesto que es evidente que las personas jurídicas a quienes se imputa la comisión de delitos no pueden realizar ninguna acción final: ésta presupone conciencia de un fin y voluntad de interponer los medios para conseguirlo, y las personas jurídicas no tienen ni conciencia ni voluntad. Si, pese a ello, numerosos Derechos admiten que las personas jurídicas pueden realizar hechos delictivos, es que están entendiendo que estos hechos no requieren necesariamente acciones finales humanas. Y del mismo modo que el Derecho privado reconoce capacidad de “acción” a la persona jurídica, también tales Derechos le reconocen la capacidad de realizar las acciones u omisiones típicas. He aquí otro sentido posible de la palabra “acción” que vuelve a contradecir la opinión de que sólo la acción final *es* acción, si admitimos que es acción todo aquello que cabe en el uso de la palabra acción. Sin embargo, ello no basta para considerar conveniente el criterio de las legislaciones que extienden el alcance de las conductas típicas a las actuaciones de las personas jurídicas. Que esta ampliación sea lingüístic-

mente posible no significa que resulte recomendable. Por el contrario, creo que a ella se opone el sentido garantista de los principios que están en la base de la teoría del delito. Aunque consideremos acciones típicas determinadas actuaciones de las personas jurídicas, los mensajes prohibitivos de las normas penales no podrán recibirse por las propias personas jurídicas, faltas de inteligencia propia, sino sólo por las personas físicas que forman la “voluntad” social y actúan para realizarla. El *principio de culpabilidad*, que impide imputar a alguien algo que no ha hecho o no ha decidido personalmente en ciertas condiciones de capacidad mental, impide entonces imputar a la persona jurídica las conductas de otras personas, las personas físicas que han actuado, porque ello supondría vulnerar el *carácter personal* de la responsabilidad penal. El principio de culpabilidad también se opone a la posibilidad de imputar penalmente los hechos de las empresas al conjunto de la organización, puesto que ello supondría una forma de *responsabilidad colectiva*. Estos títulos de responsabilidad –por el hecho de otro al que se representa o por una actuación colectiva– se admiten en otros ámbitos: la responsabilidad del representante se reconoce por el Derecho privado o incluso por el Derecho administrativo sancionador, y la sociedad suele imputar responsabilidades a colectivos nacionales, étnicos, deportivos, etc. Ello puede aceptarse en la medida en que las consecuencias de tal responsabilidad no posean la gravedad simbólica que distingue a la pena criminal. Ésta expresa en términos comunicativos un reproche ético-social cuya gravedad única explica la necesidad de los presupuestos de la teoría del delito. Las necesidades preventivas que plantea la utilización de formas societarias pueden satisfacerse, sin tener que sacrificar aspectos centrales del principio de culpabilidad, previendo medidas específicas para personas jurídicas que, como las medidas de seguridad, estén desprovistas del significado de reproche ético-social de la pena. En este sentido son perfectamente aceptables las “consecuencias accesorias” que permite imponer el actual Código penal español cuando el delito se cometa utilizando personas jurídicas.<sup>35</sup>

Como hemos señalado, el anterior planteamiento no es pura deducción de una consideración ontológica de la acción, sino de exigencias normativas vinculadas particularmente al principio de culpabilidad como presupuesto que limita la imposición de una pena en cuanto expresa un grave reproche ético-social. Sin embargo, hay que añadir que, si la imposición de verdaderas penas infringe entonces el principio de culpabilidad, es por una razón empírica, no normativa: la de que la persona jurídica no puede actuar ni querer por sí misma. La cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas depende, pues, tanto de principios normativos como de la realidad.

22. El delito ha de ser un **hecho dañoso o peligroso** para un bien jurídico, que es lo que quiere evitarse a través de la prevención y exige el principio de lesividad. Cuando el bien jurídico tiene un substrato material (como la vida de una persona) su lesión se produce en el mundo fáctico (elemento fáctico), aunque tanto el concepto de bien como el de daño presuponen una valoración negativa de la realidad (elemento normativo) que

<sup>35</sup> Otra cosa es que esta regulación española no deba mejorarse. Cfr. MIR PUIG, *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en RECPC 06 (2004), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>

en tal caso implican. En los delitos de comisión activa, para que la lesión del bien jurídico pueda imputarse objetivamente a una persona (base objetiva de la posibilidad de culparle del mismo, como exige el principio de culpabilidad en sentido amplio), ha de haber sido *causada* por una conducta de la misma (elemento fáctico) que se encuentre en una determinada relación de *riesgo* con el resultado lesivo (el riesgo tiene una base fáctica, pero se calcula con arreglo al criterio normativo de un hombre prudente puesto en la situación del autor; el grado de riesgo necesario para no ser permitido es también normativo; asimismo, la determinación de si el riesgo se ha realizado en el resultado depende de una base fáctica y exige una apreciación normativa).<sup>36</sup> En los delitos de comisión por omisión también es preciso el resultado lesivo, en lugar de su causación positiva por el autor es necesaria la posibilidad fáctica de que éste lo evitase, y la imputación objetiva requiere la posición de garante, que tiene una base fáctica (a mi juicio, la de haber contribuido previamente a causar la situación de peligro) y supone una valoración normativa.

23. Aunque el substrato del bien jurídico no sea básicamente naturalístico, como el honor o el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, también consistirá en alguna realidad inmaterial (como el sentimiento subjetivo de autoestima y la consideración social en el honor, o una determinada forma de desempeño de la Administración de Justicia). Aparte de que tales realidades están conectadas de algún modo con hechos materiales, también en sí mismas, en cuanto realidades sociales, pueden verse como hechos: en la terminología de Searle, como *hechos institucionales*. El Derecho influye tanto en hechos brutos como en hechos institucionales (aunque el Derecho sea también un hecho institucional). También cuando protege hechos institucionales éstos se presentan como realidades previas a la normación jurídica: son tan poco *disponibles normativamente* por el Derecho como los hechos naturalísticos. En este sentido, pueden contraponerse como elementos fácticos a los criterios normativos del Derecho positivo. Por lo demás, en cuanto contruidos por los seres humanos, los hechos sociales responden también, en última instancia, a las necesidades y deseos propios de nuestra naturaleza. Nuestras culturas proceden de nuestra naturaleza –aunque analíticamente puedan y deban distinguirse ambos sistemas.

24. El tipo objetivo del delito sólo es, pues, de forma limitada una creación normativa del Derecho, porque selecciona un sector de realidad, naturalística o social, previamente existente. La selección de tal realidad es un acto de disposición normativa jurídica, que da a dicha realidad un sentido valorativo específico. Pero la realidad seleccionada (matar a otro, no socorrerle, falsificar un documento, sustraer una cosa ajena, dictar una sentencia injusta) no es creada por el legislador, sino que le viene dada, con su significado natural y social propio. Y el criterio fundamental que ha de

<sup>36</sup> Como es sabido, el reconocimiento de que no es suficiente la causalidad real para la imputación objetiva del resultado típico fue uno de los primeros motivos que llevaron a Gimbernat y a Roxin a proclamar la insuficiencia de lo ontológico y la necesidad de un punto de vista normativo incluso en la base objetiva de la teoría del delito. Sobre esto ver MIR PUIG, *Significado y alcance de la teoría de la imputación objetiva*, en <http://criminet.ugr.es/recpcp/05>

guiar la selección de conductas típicas ha de ser su capacidad para lesionar intereses reales directos o indirectos de los ciudadanos, intereses previos a las normas jurídico-penales, hechos también de una amalgama de base natural y concreción cultural de la que debe partir el Derecho penal. Éste es el sentido del *principio de lesividad*, que considera insuficiente para el delito la infracción formal de una norma jurídico-penal y exige que el tipo penal sea la descripción de una lesión o una puesta en peligro de bienes que por su importancia social previa al Derecho penal, merezcan la protección de éste. Ningún significado limitador tendrían en cambio, los principios de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, si éstos se entendieran en sentido puramente formal, como mera *ratio legis* que no exigiera la protección de alguna realidad valiosa para el ciudadano previa a la ley penal.<sup>37</sup>

25. También la exigencia de **dolo** típico en los delitos dolosos ha de relacionarse con la protección de bienes jurídico-penales, además de derivarse del principio de culpabilidad. En la doctrina alemana y en la española se ha impuesto la tesis finalista de que el dolo ha de condicionar ya el tipo de injusto. Sin embargo, ello no puede considerarse una pura consecuencia de la estructura ontológica de la acción humana, como pretendía Welzel. Me remito a lo que dije más arriba acerca de la variedad de sentidos de las expresiones "acción humana", "comportamiento humano" o "conducta humana". Si estas expresiones ni siquiera requieren una mínima voluntariedad, desde luego abarcan tanto a hechos dolosos como a hechos imprudentes. Nadie ha negado la existencia de una acción humana en los delitos imprudentes, y el propio Welzel admitió la presencia de acción (final) tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes. Siendo así, si en ambas clases de delitos hay una acción final, la necesidad de dolo en los delitos dolosos no puede proceder de que la acción deba ser final. Lo único cierto es que el sentido de un hecho doloso es distinto al de un hecho imprudente y que, por tanto, la distinta estructura fáctica de uno y otro hecho determina una diferencia que consideramos valorativamente relevante. Queda por explicar por qué. A mi juicio, el hecho doloso supone una *oposición al bien jurídico más intensa e imputable al sujeto*, lo cual, en parte, explica su mayor gravedad desde el punto de vista de los principios de protección de bienes jurídico-penales y de culpabilidad.

El significado social de un comportamiento humano dañoso depende de si el daño que produce ha sido querido o no por su autor. La voluntariedad del comportamiento dañoso añade al mismo un sentido de oposición subjetiva al bien dañado. Esta oposición subjetiva del hecho influye decisivamente en su *significado simbólico* de hecho negador del bien lesionado. Un empujón involuntario al salir de un transporte público nos molesta mucho menos que un empujón intencional, porque simbólicamente sólo éste último expresa un enfrentamiento a nuestra persona, en forma de agresión abiertamente negadora de nuestro derecho a la indemnidad física. Este significado simbólico relaciona el dolo con el ataque al bien jurídico protegido por la norma penal.

<sup>37</sup> En contra de un entendimiento formalista del bien jurídico MIRPUIG, (n. 28), p. 129 s., 168 s., y el mismo, (n. 7) p. 112 ss.

En el dolo directo de primer grado este significado de negación del bien jurídico pasa a primer plano. Ello puede contribuir a explicar que cuando concurre esta clase de dolo no sea necesaria tanta peligrosidad objetiva en la conducta como si concurre dolo directo de segundo grado o, incluso, dolo eventual. Cuando la intención de lesionar un concreto bien jurídico típico se manifiesta inequívocamente en una conducta que no tiene ninguna utilidad social que permita verla como un riesgo permitido (como p. ej., disparar a alguien con intención de matarle), será suficiente, para la imputación típica, un pequeño riesgo que tal vez no sería bastante sin aquella intención (como el riesgo mínimo que supone disparar a alguien que se encuentra a gran distancia por parte de quien no tiene puntería). Aquí la intención confiere a la conducta un único sentido, objetivamente visible, de ataque negador del bien jurídico no adecuado socialmente ni justificado.<sup>38</sup>

Por otra parte, el dolo directo de primer grado aporta *ex ante* un factor de riesgo que influye en la propia *peligrosidad objetiva del hecho*. Quien trata de causar una lesión configura su actuación externa de modo que pueda causarla. Quien quiere matar a una persona con una pistola dirige el arma hacia la misma, apunta y dispara cuando le parece que puede alcanzar a su víctima, y si falla el primer disparo o éste no es suficiente, volverá a disparar las veces que considere necesarias y de la mejor forma que pueda para causar la muerte. Por el contrario, quien sólo quiere asustar a otro disparándole, no apuntará a su cuerpo, sino a otro lugar, para que la bala no le alcance. La distinta intención, de matar o asustar, llevará al sujeto a orientar de forma diferente su conducta.

Ello ocurre en todos los ámbitos de nuestra actuación y es lo que determina que generalmente consigamos hacer lo que queremos hacer. Si queremos sentarnos, haremos los movimientos necesarios para conseguirlo, si queremos poner en marcha nuestro automóvil haremos lo apropiado para ello. Es mucho más raro que acabemos haciendo lo que no queremos. Es cierto que cuanto más difícil sea realizar una conducta o producir un resultado separado de ella, menos seguridad tendremos de conseguir lo que intentamos. Pero en principio será aún más difícil conseguirlo si no lo intentamos, y más todavía si intentamos precisamente lo contrario. En mis clases me gusta poner dos ejemplos futbolísticos. ¿No nos parecerá más fácil *ex ante* que falle un penalty el jugador que sabemos que ha sido comprado para fallarlo que el que tratará de meterlo? ¿A cuál de los dos jugadores elegiríamos para chutarlo si quisiéramos conseguir el gol? ¿Qué posibilidades vemos *a priori* de que pare un penalty el portero que ha sido comprado por el equipo contrario para que no lo pare y está dispuesto a cumplir lo pactado?

Por supuesto, esto sólo vale *ex ante*, cuando el sujeto que tiene intención de conseguir algo todavía no ha empezado su intento o mientras todavía puede influir en el mismo. Una vez que el sujeto pierde ya el control de su hecho, su intención deja de poder modificar su peligrosidad objetiva. Aunque la intención del defensa de un equipo de fútbol sea desviar el balón que procede de un contrario para evitar un gol, toca mal

<sup>38</sup> Cfr. MIRPUIG, (n. 28), p. 255 s.



el balón y éste acaba entrando en su propia portería, la intención del jugador no habrá podido impedir la trayectoria final de la pelota. La intención del defensa no hacía previsible *ex ante* el resultado final, pero desde el momento en que ha golpeado mal a la pelota, el curso de ésta ya no depende de la intención. Por lo demás, que la intención sea por sí misma un factor de riesgo *ex ante*, no significa que sea el único factor que influye en la peligrosidad de la conducta, sino que, comparando dos casos en los que *a priori* todos los demás factores sean iguales salvo en que en uno la intención del sujeto es conseguir un resultado y en otro su intención es evitarlo, *ex ante* será más probable que produzca el resultado en el primer caso.

También el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual guardan relación con la peligrosidad objetiva del hecho. Ello es evidente en el dolo directo de segundo grado, que, por definición, exige conciencia de que el hecho típico se producirá con práctica seguridad. Pero también el dolo eventual se ve cada vez más en función de un peligro concreto relevante. No basta para esta clase de dolo que el sujeto acepte cualquier posibilidad hipotética y lejana de que se produzca el hecho típico, sino que el sujeto ha de ser consciente de que existe un peligro lo suficientemente relevante como para "tomarlo en serio", para "contar con él" y no descartarlo, para no poder confiar plenamente en que no se va a realizar.<sup>39</sup> De ahí la tendencia actual a buscar una base objetiva para el dolo eventual. Podríamos decir que el peligro típico del hecho doloso eventual ha de ser mayor que el peligro captado por el sujeto en la imprudencia consciente.

La relación indicada entre dolo y peligro para el bien jurídico justifica la inclusión del dolo entre los elementos del tipo de injusto –entendido éste como ataque a un bien jurídico–. Ahora bien, que la pena del delito imprudente no pueda ser tan grave como la del delito doloso también es una exigencia del *principio de culpabilidad*. Ello explica el tratamiento del error de tipo vencible, pese a que objetivamente (para un espectador objetivo) pueda existir el mismo peligro que existiría en caso de no darse el error en el sujeto: dicho peligro, que sería suficiente para el tipo objetivo del delito doloso, no puede imputarse subjetivamente a título de dolo.

26. También las **causas de justificación** deben explicarse como forma de proteger bienes jurídicos prevalentes según el principio constitucional de proporcionalidad. Vuelve a plantearse aquí la necesaria mezcla de elementos normativos y fácticos que supone la protección y el ataque de bienes jurídicos. Quiero destacar ahora el aspecto fáctico específico que también debe concurrir en las causas de justificación.

Las causas de justificación no suponen solamente una *valoración* distinta del hecho típico, sino que requieren una *situación fáctica* –integrada de elementos descriptivos y normativos– que explica aquella distinta valoración. Cada causa de justificación tiene un *tipo de hecho*, un supuesto de hecho típico de la misma. En todas las causas de justificación debe darse una situación fáctica en que entren en colisión por lo menos dos bienes jurídicos, de modo que sea necesario lesionar a alguno de ellos para salvar a otro. Con frecuencia parece suponerse que la diferencia que hay entre un hecho típico

<sup>39</sup> Cfr. MIRPUIG, (n. 28), p. 268 s.

no justificado y otro típico justificado no es fáctica, sino puramente valorativa: se trataría de un mismo hecho (el hecho típico) valorado de otro modo por su distinto significado normativo. Ello conduciría a la tesis de Welzel de que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación no podría verse como error sobre el hecho, sino sólo como error sobre su permisión (error de prohibición indirecto). Pero este planteamiento no tiene sentido, porque no explica por qué, si el hecho no justificado y el justificado son iguales en cuanto hechos, han de ser valorados de forma distinta. Si ambos son el mismo hecho, deberían valorarse igual. Si se valoran de forma diferente es por que no son iguales: el hecho justificado tiene que tener algo distinto en sí mismo que explique su justificación. Así es: en la legítima defensa, el hecho de disparar contra quien quería hacerlo primero, para impedirlo, es un hecho distinto fácticamente al de disparar contra un inocente que no ataca a nadie. Ambas son dos situaciones de hecho diferentes. Ello hace posible ver el error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación como un error de hecho (no de Derecho) que afecta al tipo de una causa de justificación y que es razonable tratar (como hace la doctrina dominante en Alemania pero sin una fundamentación dogmática como ésta) como el error que afecta al tipo del delito. Pero aquí lo que me interesa resaltar es que la razón de la justificación de un hecho ha de hallarse también en el propio hecho, que aunque resulte lesivo para un bien jurídico, es un *mal menor* que el que se produciría sin tal hecho y, por tanto, supone una *disminución del daño final* para el conjunto de los bienes jurídicos implicados. Se encuentra así una razón material para la justificación que evita caer en el formalismo de una fundamentación puramente normativa que se limite a indicar que un hecho está justificado cuando está permitido por una norma jurídica. Y se confirma que toda diferencia de valoración por parte de una norma ha de basarse en alguna diferencia en el hecho<sup>40</sup> valorado<sup>41</sup>.

27. La **imputación personal** del hecho antijurídico (lo que suele incluirse bajo la categoría de "culpabilidad") depende, desde luego, de criterios normativos, pero exige la concurrencia de determinados elementos empíricos en el sujeto y/o en la situación en que actúa. *La posibilidad de ser motivado de algún modo por la norma* es un presupuesto sin el cual no se puede hablar de posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad ni de un mínimo de imputabilidad. Los niños muy pequeños no pueden ser motivados por normas jurídicas por falta de desarrollo mental. Los extranjeros que acaban de llegar al país desconociendo el idioma pueden encontrarse en una situación en que no les sea posible conocer alguna norma jurídica. La incapacidad física o la imposibilidad situacional de acceder a la norma hace que ésta no pueda influir en el comportamiento ni, por tanto, desplegar la función reguladora que la justifica; sin ella, carece de sentido dirigir al sujeto la prohibición de la norma; tampoco el sujeto puede *desobedecer* una norma que no puede conocer. Si la norma se concibe con la función de regular comportamientos, sólo tiene sentido frente a quien puede recibirla y ser influido por ella a la

<sup>40</sup> Como ya he indicado, entiendo el hecho no en un sentido naturalístico de "hecho bruto", sino en su sentido social.

<sup>41</sup> Como estableció Hare, todo juicio de valor se basa, en parte, en alguna característica empírica del objeto valorado: cfr. HARE, *The language of morals*, 1961, p. 111 ss., 148 s., 175 ss.

hora de decidir su conducta.<sup>42</sup> De nuevo hay que decir que, si la norma ha de perseguir algo más que su sola vigencia simbólica, si ha de tener alguna eficacia empírica, ésta presupone que concurren elementos empíricos en sus destinatarios y en la situación en que actúan.

Por otra parte, la imputación personal requiere no sólo alguna posibilidad de acceso a la norma, sino también que dicho acceso se produzca en determinadas condiciones de normalidad, lo que no ocurre cuando el sujeto es un niño (aunque no sea tan pequeño como para ser completamente incapaz de conocer normas jurídicas), padece una oligofrenia grave (aunque no sea de las más profundas), o actúa bajo el efecto de una enfermedad mental plena o de un trastorno mental pleno que no le impide saber que su hecho está prohibido. Basta en estos casos el hecho de que la estructura del proceso de motivación del sujeto no es la propia de un sujeto adulto normal, sea por un déficit de inteligencia o madurez, sea por perturbaciones importantes en las leyes de su pensamiento o de su capacidad de control de la conducta. También aquí se trata de hechos empíricos. Sin embargo, sólo resultan suficientes para negar la imputación personal en cuanto sean *valorados* como tales. Si no impiden por completo alguna posibilidad de acceso a la norma ni por tanto alguna posibilidad de eficacia motivadora de ésta (de hecho la inmensa mayoría de los menores, de los oligofrénicos y de los enfermos mentales cumplen las normas jurídicas), hace falta alguna razón normativa que fundamente renunciar, pese a ello, a hacerles penalmente responsables. Desde mi punto de vista, la razón última de ello ha de buscarse en el *principio de igualdad* que proclama nuestra Constitución. Según este principio no sólo hay que tratar de forma igual los casos iguales, sino también tratar de forma desigual los casos desiguales. Pues bien, es evidente que los indicados déficits y perturbaciones mentales *dificultan* de forma muy importante sus posibilidades de atender debidamente al cumplimiento de la norma, por lo que en este aspecto ponen al sujeto en una situación de *inferioridad* respecto a las personas adultas normales. No sería justo desconocer esta diferencia y tratarles igual que al ciudadano que no la sufre.<sup>43</sup>

Tampoco la “culpabilidad” depende, pues, solamente de la “naturaleza de la cosa”, como entendía Welzel al pensar que se deducía de la “capacidad de autodeterminación con arreglo a sentido” o “poder-actuar-de otro-modo”. Depende de valoraciones y decisiones normativas. Pero tampoco es una construcción puramente normativa, sino condicionada por datos fácticos como la incapacidad de acceso a la norma o una diferente estructuración del proceso de motivación.

## V

### 28. Resumiré algunas conclusiones :

1) Toda realidad, incluida la realidad social, tiene alguna componente natural. Los

<sup>42</sup> Cfr. MIRPUIG, (n. 34), en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>, p. 15 ss., y en *Libro -Homenaje a Cerezo Mir*, 2002, p. 86 ss.. Hay versión alemana: *Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit*, en *Goldsammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, p. 873 ss.

<sup>43</sup> Cfr. MIRPUIG, (n. 28), p. 536 ss.

hechos físicos (o brutos) son el género común a todos los hechos del mundo, los hechos sociales son una especie de hechos físicos. Una clase de hechos sociales son los hechos institucionales, definidos por lo normativo. Los hechos institucionales se construyen por los seres humanos, organismos biológicos inteligentes que forman parte de la realidad natural, asignando colectivamente y normativamente funciones a los hechos brutos para que incidan en la realidad natural y social. Lo natural y lo normativo interactúan recíprocamente.

2) El Derecho es una construcción social cuya función asignada es la de regular la vida de los seres humanos. Desde una perspectiva democrática la función del Derecho penal ha de ser proteger intereses reales de los ciudadanos y no sólo normas jurídicas. Los bienes jurídico-penales han de ser entendidos como concreción de aquellos intereses, ya sean individuales, como los derechos humanos básicos, ya sean colectivos o mediados por instituciones. En términos sistémicos, ello supone poner el sistema normativo del Derecho penal al servicio de algo distinto a sí mismo, al servicio de los sistemas pisco-físicos en que consisten los seres humanos y de las instituciones que respondan a sus necesidades.

3) El delito tampoco es *sólo* una construcción jurídico-normativa, sino un hecho del mundo empírico físico y social al que el Derecho asigna un significado valorativo específico. Hay en el delito una mezcla de componentes fácticas (brutas e institucionales) y de valoraciones jurídicas normativas. Esta combinación de lo fáctico y lo normativo se da en todos los elementos del delito: en el tipo objetivo y en el subjetivo, en la ausencia de causas de justificación y en los presupuestos de la imputación personal. Dos son los presupuestos básicos que importan al respecto: Un hecho efectivamente dañoso y/o peligroso para bienes jurídico-penales no necesario para salvaguardar otro u otros bienes jurídicos (exigido por el principio de lesividad), y las condiciones situacionales y mentales que permiten la imputación de dicho hecho a una persona (exigidas por el principio de culpabilidad).

4) En la construcción teórica del Derecho penal no importa sólo lo normativo jurídico-positivo, sino también valoraciones culturales metajurídicas, y no sólo la perspectiva normativa, sino también la fáctica. Aunque –como señalaron los neokantianos– toda teoría del Derecho penal está referida a valores y supone también tomas de posición normativas, debe encontrar una base objetiva en la realidad empírica y social que, por una parte, facilite la discusión intersubjetiva de su valoración y, por otra parte, abra las puertas a una adecuada incidencia del Derecho penal en la realidad. Nos aproximaremos así mejor a los dos viejos ideales de von Liszt: dotar de objetividad científica a la dogmática jurídico-penal y poner el Derecho penal al servicio de la vida –sabiendo ahora, sin embargo, que la objetividad de la ciencia jurídica es sólo relativa y que la vida que importa al Derecho es en parte dada al hombre y en parte construida (colectivamente) por él.